



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/115896>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

eenheid kan beschouwen. De schade behoort dan niet tot de risicosfeer van de opdrachtgever.' Voor de geïllustreerde, de Stoeterij, was (volgens de Hoge Raad) voldoende duidelijk dat er sprake was van gescheiden bedrijfsactiviteiten van de aannemer aan de ene kant en de elektriciteitsmaatschappij aan de andere kant. Het beroep op artikel 6:171 BW werd verworpen.

De geciteerde passage uit het arrest van de Hoge Raad gaf vervolgens aanleiding tot de speculatie dat voor aansprakelijkheid van de opdrachtgever alleen plaats zou zijn wanneer de getroffen derde niet op de hoogte was van de precieze verhoudingen tussen opdrachtnemer en opdrachtgever.

In het arrest *Koeman c.s./Sijm Agro*<sup>2</sup> blijkt de onjuistheid van deze uitleg. Tulpenkweker Koeman geeft aan de firma De Wit opdracht tot het bespuiten van een perceel met onkruidverdelgingsmiddel. Vervolgens wordt Koeman ex artikel 6:171 BW aangesproken door buurman Sijm Agro die schade aan zijn gewassen lijdt als gevolg van de spuitwerkzaamheden.<sup>3</sup>

Geïnspireerd door de commentaren naar aanleiding van het arrest uit 2001 stelt Koeman in cassatie dat voor Sijm Agro van meet af aan duidelijk was dat niet hij, maar de firma De Wit aan het spuiten was, zodat artikel 6:171 BW toepassing zou missen. De Hoge Raad zit echter op een ander spoor: 'Weliswaar berust art. 6:171 onder meer op de

gedachte dat een buitenstaander veelal niet kan onderkennen of de schade te wijten is aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, maar dat brengt niet mee dat de bepaling toepassing zou missen in een geval waarin het de benadeelde duidelijk is dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondergeschikte.'

Het is duidelijk: de achterliggende gedachte mag niet tot voorwaarde voor toepassing worden verheven. Deze beslissing lijkt mij een gelukkige, al was het maar omdat zo een nogal grillige en willekeurige reikwijdte – (ontbreken van) concrete kennis bij de benadeelde omtrent de verhoudingen tussen opdrachtnemer en opdrachtgever zou immers beslissend zijn voor toepassing van artikel 6:171 BW – wordt voorkomen. Artikel 6:171 BW heeft in deze uitleg gelukkig (weer) een zinvolle praktische betekenis.<sup>4</sup> Ook Van Velsen zit op dat spoor. Voor de eenheid van bedrijf is noodzakelijk (en voldoende) dat het door de niet-ondergeschikte uitgevoerde werk door bedrijven soortgelijk aan dat van de opdrachtgever ook zelf pleegt te worden uitgevoerd.

#### 7. Slotsom

Van Velsen heeft een mooi boek afgeleverd, dat een verrijking vormt voor de (tot nog toe vrijwel non-existente) literatuur op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht bij leidingschades. Sterker nog, het

proefschrift van Van Velsen lijkt mij voor nu en vele komende jaren het handboek op dit terrein. Het is systematisch en helder opgezet, toegankelijk verwoord en prettig geschreven. Naar mijn smaak is het – ik beschreef dat al hiervoor – wellicht wat (te) descriptief van aard, maar de praktijkjurist zal zich daar allerminst aan storen.

Jacques Sluysmans<sup>5</sup>

Den Haag, februari 2013

1. HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75 (*Energie Delfland/De Stoeterij*).
2. HR 18 juni 2010, *NJ* 2010, 389; *TBR* 2010, 156, m.nt. F.J. van Velsen (*Koeman c.s./Sijm Agro*). Voor de goede orde merk ik op dat ik in deze cassatieprocedure optrad als advocaat van Sijm Agro.
3. Aardig vind ik overigens de bepaald aannemelijke opvatting van Van Velsen (p. 177) dat de spuit hier zou moeten worden beschouwd als niet meer dan een loonwerker, en daarmee als ondergeschikte in plaats van niet-ondergeschikte. De Rechtbank Alkmaar – die in eerste aanleg vonnis wees – had dus, de rechtsgronden ambtshalve aanvullend, wellicht beter de aansprakelijkheid kunnen baseren op artikel 6:170 BW in plaats van op artikel 6:171 BW.
4. Zie ook: A. Kolder, 'Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; functioneel verband binnen artikel 6:181 BW', *NTBR* 2010, p. 295-307 en T. Hartlief, 'Waar ligt de toekomst van artikel 6:170: in Wenen of in Brussel', *AA* 2011, p. 53-58.
5. Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans is advocaat bij Van der Feltz advocaten in Den Haag en hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

## Parlementaire betrokkenheid bij de inzet van de krijgsmacht

**Anamarija Kristić, De Staten-Generaal en de inzet van de Nederlandse krijgsmacht. Een onderzoek naar de parlementaire betrokkenheid bij de besluitvorming over deelname aan internationale militaire operaties**

*Diss. Tilburg, promotor prof.  
mr. W.J.M. van Genugten,  
Deventer: Kluwer 2012, 255  
p., ISBN 978-90-13-10392-2.*

Art. 100 Gw regelt de parlementaire betrokkenheid bij de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevoor-

ring van de internationale rechtsorde. Het artikel is in 2000 toegevoegd aan de grondwettelijke bepalingen over de krijgsmacht. Het is sindsdien

ook een bron van (voornamelijk politieke) discussie. Op grond van art. 100 Gw moet de regering vooraf inlichtingen verstrekken aan de Sta-

ten-Generaal over de inzet van de krijgsmacht. De discussie spitst zich toe op de vraag of hieruit een materieel instemmingsrecht valt af te leiden: betekent het artikel nu dat de Staten-Generaal materieel in moeten stemmen met de uitzending van militairen? Dat is een fundamentele staatsrechtelijke vraag, omdat zij de verhouding tussen regering en parlement betreft.

Het proefschrift van Anamarija Kristić behandelt deze vraag en zij onderzoekt op welke wijze de Staten-Generaal feitelijk betrokken zijn bij de besluitvorming over de inzet van de nationale krijgsmacht in internationale militaire operaties. De probleemstelling van haar onderzoek luidt: 'Hoe is in Nederland de parlementaire betrokkenheid bij de besluitvorming over de inzet van de krijgsmacht in internationale operaties constitutioneelrechtelijk geregeld en op welke wijze krijgt de parlementaire betrokkenheid in de politieke praktijk gestalte?' (p. 22). Kristić gaat daarbij uit van een (eerste) veronderstelling dat in een democratische rechtsstaat parlementaire betrokkenheid bij de inzet van de krijgsmacht verzekerd moet zijn (p. 16). Dat lijkt mij een te verdedigen hypothese, omdat een besluit tot de inzet van de krijgsmacht zeer ingrijpende gevolgen kan hebben, in de eerste plaats voor de aan de uitzending deelnemende militairen. Kristić vermeldt evenwel niet dat deze gedachte niet altijd even vanzelfsprekend is geweest. Voorheen werd nog wel de opvatting verdedigd – en de regering doet dat nog steeds – dat het nemen van een besluit over de inzet van de krijgsmacht een bestuurlijke bevoegdheid is, die exclusief bij de executieve berust en die het parlement (achteraf) kan controleren. Bij hedendaagse staatsrechtjuristen komt deze gedachte echter niet of nauwelijks meer voor. Een (tweede) veronderstelling is te vinden in de paragraaf over de opzet van het boek (p. 28): 'Tevens wordt verkend op welke wijze aanpassing van het constitutioneel kader door grondwetswijziging, invoering van een wettelijke regeling of aanpassing van het [R]eglement van Orde van de Tweede Kamer of het Toetsingskader, daadwerkelijk zou kunnen bijdragen aan de versterking van de

parlementaire betrokkenheid bij politieke besluitvorming over de inzet van de Nederlandse krijgsmacht in internationale operaties waarbij geweldgebruik tot de mogelijkheden behoort.' Deze veronderstelling luidt dus dat de positie van het parlement moet worden versterkt. Of dit een even vanzelfsprekende veronderstelling als de eerste is, waag ik te betwijfelen.

Het proefschrift valt, zo blijkt al uit de onderzoeksvraag, in twee delen uiteen: Kristić wil het constitutionele kader van de inzet van de krijgsmacht systematisch analyseren. Hetzelfde geldt voor de parlementaire besluitvormingspraktijk (p. 23). Het onderzoek heeft daarmee een juridische en een bestuurskundig/politologische invalshoek. De juridische komt eerst aan bod. Hoofdstuk 2 schetst daartoe een theoretisch kader. Dat had (mijns inziens) grotere deels achterwege kunnen blijven. Het hoofdstuk geeft uitleg over enkele basisbegrippen van het staatsrecht, zoals democratie en de trias politica. Deze uitleg blijft steken in algemeenheden, zoals: 'het grote belang van parlementaire betrokkenheid bij fundamentele en ingrijpende politieke keuzes en beslissingen staat niet ter discussie' (p. 33); dat het parlement 'gezien zijn samenstelling en bevoegdheden in staat is en zelfs de opdracht heeft om namens de gehele gemeenschap een belangenafweging te maken waarbij het zoveel mogelijk rekening houdt met de verschillende in de maatschappij aanwezige opvattingen, (...)' (p. 34). Ook ten aanzien van de trias komen zulke gemeenplaatsen voor. Die moeten onderbouwen dat 1) 'bij de besluitvorming over de inzet van de krijgsmacht, een van de meest fundamentele besluiten die de staat kan nemen, van parlementaire betrokkenheid sprake moet zijn' (p. 33) en 2) '[v]anuit het beginsel van machtsverdeling (...) zelfs [kan] worden betoogd dat parlementaire betrokkenheid bij fundamentele besluiten die de burger ingrijpend (kunnen) raken een vanzelfsprekende noodzakelijkheid is in een democratische rechtsstaat teneinde een te grote concentratie van macht in handen van de regering te voorkomen, zeker als het gaat om besluitvorming over geweldgebruik' (p. 38). Het lijkt mij echter

niet eenvoudig om vanuit zulke algemene beginselen uitspraken te doen over de inrichting van het staatsbestel. Evenzogoed kan een redenering die start vanuit deze basisbeginselen op een ander resultaat uitkomen. De bevindingen in dit deel van het boek komen elders niet of nauwelijks terug.

Hoofdstuk 2 wordt interessanter vanaf par. 2.4, waarin wordt uitgelegd dat voorheen de besluitvorming op het gebied van buitenlandse zaken en defensie exclusief aan de regering was voorbehouden, maar dat de defensiebepalingen 'gedemocratiseerd' zijn. Zo moeten de Staten-Generaal (sinds 1922) toestemming geven voor een oorlogsverklaring (art. 96 Gw) en moet de regering de Staten-Generaal informeren over (kort weergegeven) de inzet van de krijgsmacht in internationale militaire operaties (art. 100 Gw). Kristić stelt vervolgens dat de parlementaire betrokkenheid bij de uitzending van militairen 'betekenisvol' moet zijn – wat dit begrip ook precies moge betekenen – (p. 41) en formuleert dan drie factoren voor betekenisvolle betrokkenheid. De eerste daarvan is juridisch, namelijk de formele procedurevoorschriften. De tweede betreft de toegang tot informatie en de derde houdt in dat het parlement bereid moet zijn om gebruik te maken van zijn bevoegdheden en de verkregen informatie en op grond daarvan een kritische houding aan te nemen. In hoofdstuk 3 werkt Kristić de formele procedurevoorschriften uit. De tweede en de derde voorwaarde voor 'betekenisvolle' parlementaire betrokkenheid worden in de daaropvolgende *casestudy's* onderzocht.

De formele procedurevoorschriften komen, zoals gezegd, in hoofdstuk 3 aan bod. Dat is het meest juridische en mijns inziens interessante hoofdstuk. Kristić gaat daarbij vooral in op art. 96 en 100 Gw, maar (helaas) nauwelijks op het evenzoveel relevante art. 97 Gw. Daarin is (onder meer) vastgelegd dat de regering het oppergezag heeft over de krijgsmacht, hetgeen van de zijde van de regering wordt ingebracht als argument tegen uitbreiding van de parlementaire bevoegdheden ten aanzien van de krijgsmacht. De analyse van art. 96 en 100 Gw is even-

wel een correcte. Kristić laat zien dat art. 96 Gw, de in-oorlog-verklaring, in de praktijk nauwelijks of geen betekenis meer heeft. Volgens de regering – en de Staten-Generaal aanvaarden deze uitleg – is een oorlog in de traditioneel volkenrechtelijke betekenis sinds de Tweede Wereldoorlog niet meer voorgekomen. Indien militairen worden ingezet (denk aan de Korea- en de Golf-crisis) betreft het, aldus de regering, een internationaal optreden, waarvoor het afgeven van een in-oorlog-verklaring niet noodzakelijk is (p. 57). Voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal zou daarom niet nodig zijn. Deze parlementaire praktijk is de opmaat geweest tot de totstandkoming van art. 100 Gw. Die totstandkoming is merkwaardig verlopen (p. 59-65) en vormt een begin van een nog altijd voortdurende staatsrechtelijke discussie. Begin jaren negentig maakt de Tweede Kamer de wens kenbaar dat zij ‘formeel en nadrukkelijk’ betrokken wil worden bij de besluitvorming over de Nederlandse deelname aan internationale militaire operaties. De regering staat hier om twee redenen negatief tegenover: zij heeft immers het oppergezag over de krijgsmacht en een parlementair instemmingsrecht past niet binnen de constitutionele verhoudingen tussen regering en parlement; op grond van de algemene inlichtingenplicht van art. 68 Gw is een aanvullende inlichtingenplicht niet nodig. Zowel de Kamer als de regering houdt voet bij stuk en in december 1994 neemt de Kamer (met een zeer ruime meerderheid) de motie-Van Middelkoop (GPV) aan, waarin de Kamer de regering verzoekt ‘om een regeling voor te bereiden waarin is vastgelegd dat het parlement bij uitzendingen van militaire eenheden een formeel instemmingsrecht wordt verleend’ (*Kamerstukken II* 1994/95, 23 591, nr. 2). De regering zegt vervolgens een ‘Toetsingskader’ toe om de informatieverschaffing aan en het overleg met de Staten-Generaal over de uitzending van militairen te structureren. Dat Toetsingskader komt er, maar is een juridisch niet-bindend document met veertien aandachtspunten die als een hulpmiddel kunnen fungeren bij de vorming van een oordeel. De regering meent dat

daarmee voldoende uitvoering is gegeven aan de motie-Van Middelkoop. De Kamer dringt echter aan op uitvoering van de motie en de regering gaat uiteindelijk door de bocht en dient in 1997 een voorstel tot grondwetsherziening in. Daarin is echter niet, zoals de Kamer verzocht, een formeel instemmingsrecht opgenomen, maar een plicht van de regering om vooraf de Staten-Generaal in te lichten, indien zij de krijgsmacht wil inzetten voor de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde. Daarmee voert de regering, naar eigen zeggen, de strekking van de motie-Van Middelkoop uit. Zij erkent dat zij de motie niet letterlijk uitvoert. Zij is immers tegen een instemmingsrecht vanwege de argumenten die hiervoor al zijn weergegeven. Kortom, de regering scheept de Kamer met een inlichtingenrecht af, terwijl deze om een instemmingsrecht had verzocht. Wat is nu hoogst merkwaardig? Een ruime meerderheid van de Kamer stemt hiermee in, alleen de CDA-, SGP- en GPV-fracties zijn kritisch omdat zij een formeel instemmingsrecht geregeld willen zien. De andere fracties laten zich niet uit het veld slaan en stellen dat met deze inlichtingenplicht dan wel geen formeel, maar toch een materieel instemmingsrecht is gecreëerd.

De staatsrechtelijke discussie betreft de vraag of daarvan sprake is. Kristić beschrijft klip-en-klaar dat art. 100 Gw geen materieel instemmingsrecht inhoudt (p. 65-69). De doctrine geeft daarvoor drie argumenten. In de eerste plaats kan uit de tekst van het artikel noch uit de memorie van toelichting zo’n instemmingsrecht worden afgeleid. In de tweede plaats is het staatsrechtelijk onzuiver om een inlichtingenplicht als een instemmingsrecht te interpreteren: uit art. 68 Gw wordt ook geen instemmingsrecht afgeleid en instemming van het parlement is geen constitutief vereiste voor het regeringsbesluit. In de derde plaats kan een motie van de Kamer waarmee zij al dan niet instemt met de uitzending van militairen de regering niet binden. Kristić zet uiteen dat art. 100 Gw weinig toegevoegde waarde heeft ten opzichte van art. 68 Gw (p. 68-69). Dat artikel heeft niet alleen betrekking op

controle achteraf, maar ook op inlichtingen vooraf. Hoogstens is de toegevoegde waarde dat de regering op grond van art. 100 Gw de Kamer uit eigen beweging moet informeren, maar dat zal zij ook doen indien het belangrijke besluiten betreft, zoals deelname aan militaire operaties in het buitenland.

Kristić onderzoekt verder de rol van het Toetsingskader in het licht van de inlichtingenplicht van art. 100 Gw (p. 74-78). De regering zond het Toetsingskader in 1995 aan de Kamer als ‘instrument ter beoordeling van regeringsvoornemens en besluiten tot uitzending van militairen’. Het kader bevat, zoals gezegd, veertien aandachtspunten die de regering kan betrekken bij haar besluitvorming. Het kader dient bovendien ter ‘structurering van de gedachtewisseling’ met de Staten-Generaal. Het is juridisch niet bindend. In 2001 werd het Toetsingskader herzien en sindsdien bevat het tevens procedureafspraken over de informatievoorziening aan de Kamers. Onder meer is vastgelegd dat de regering een notificatiebrief aan de Tweede Kamer zendt, waarin zij op de hoogte wordt gesteld van een onderzoek naar de mogelijkheid en wenselijkheid van de inzet. Ook is geregeld dat de regering in haar art. 100-brief expliciet onderzoekt of aan de aandachtspunten van het Toetsingskader is voldaan. Deze afspraken worden ook wel de art. 100-procedure genoemd. Sterker nog, het toepassen van het Toetsingskader is, zoals Kristić constateert, synoniem geworden voor de art. 100-procedure. Formeel-juridisch, zo constateert zij terecht, staat art. 100 Gw los van het Toetsingskader, omdat art. 100 slechts betrekking heeft op het informeren over een concreet regeringsbesluit en niet op het informeren in eerdere fasen van de besluitvorming. Interessant is de paragraaf waarin Kristić het voornaamste argument van de regering tegen de aanvaarding van een instemmingsrecht onderzoekt (p. 78-82). De regering voerde bij de totstandkoming van art. 100 Gw aan dat een instemmingsrecht van het parlement niet past binnen de constitutionele verhoudingen tussen regering en parlement. Zo’n recht zou afbreuk doen aan het oppergezag van de regering over de

krijgsmacht (art. 97 lid 2 Gw). Kristić weerlegt de argumenten overtuigend. Het adagium ‘de regering regert, het parlement controleert’ geldt in het staatsrecht niet absoluut. De Staten-Generaal hebben immers meer bevoegdheden die een bestuurlijk karakter hebben. Kristić noemt de goedkeuring van verdragen (art. 91 Gw) en de toestemming voor een in-oorlog-verklaring (art. 96 Gw). Waarom zou dat niet kunnen gelden voor de inzet van militairen in de in art. 100 Gw genoemde situaties? Ten aanzien van het oppergezag van de regering (het is in dit licht jammer dat Kristić niet een aparte paragraaf aan art. 97 Gw heeft gewijd) stelt zij dat een instemmingsrecht van de Staten-Generaal daaraan geen afbreuk doet: ‘Oppergezag impliceert namelijk dat de organisatie, de inrichting en het beheer van de krijgsmacht een regeringsverantwoordelijkheid zijn’ (p. 79). De krijgsmacht valt onder directe verantwoordelijkheid van de regering; er is sprake van een directe gezagsrelatie. De uitoefening van bevoegdheden ten aanzien van de krijgsmacht valt echter wel onder de ministeriële verantwoordelijkheid. Bovendien bevat art. 96 Gw een toestemmingsrecht van de Staten-Generaal. Dat illustreert, aldus Kristić, dat er sprake is van een gedeelde beslissingsbevoegdheid tussen regering en parlement met betrekking tot de (inzet van de) krijgsmacht en dat een instemmingsrecht niet onverenigbaar is met het oppergezag van de regering. De conclusie van Kristić ten aanzien van art. 100 Gw luidt dan ook dat dit artikel slechts een beperkte betekenis heeft. De regering heeft niet de instemming van de Staten-Generaal nodig om militairen uit te zenden. Zij kan dit zelfs doen tegen de wil van de meerderheid van en zonder overleg met de Kamer(s) (p. 83). De hoofdstukken 4, 5 en 6 zijn *case-study*’s. Kristić onderzoekt de rol van het parlement bij de inzet van de krijgsmacht in internationale militaire operaties in drie gevallen: *Allied Force* (bombardementen Kosovo), *Enduring Freedom* (collectieve zelfverdediging na 9/11 in Afghanistan) en *Task Force Uruzgan* als onderdeel van *International Security Assistance Force (ISAF)*, stabiliseren en wederopbouw in Afghanistan).

Volgens Kristić zijn deze operaties onderling vergelijkbaar (p. 28-29). Bij deze operaties was ‘sprake van feitelijke zware militaire activiteit zonder dat het land in oorlog was verklaard’. Toestemming op grond van art. 96 Gw was derhalve niet noodzakelijk. De Nederlandse deelname is in het parlement uitgebreid besproken en er is voldoende documentatie beschikbaar. Tegelijkertijd zijn er interessante verschillen tussen de casus. Ten tijde van de besluitvorming over *Allied Force* was art. 100 nog niet in de Grondwet opgenomen. Ten aanzien van *Enduring Freedom* achtte de regering art. 100 Gw niet van toepassing, omdat het om zelfverdediging zou gaan, terwijl *ISAF* een klassieke art. 100-operatie betreft, omdat zij de bescherming en de handhaving van de internationale rechtsorde als doelstelling kent. Ten aanzien van de besluitvorming inzake *Allied Force* concludeert Kristić dat het Toetsingskader slechts een marginale rol speelt. Slechts door enkele fracties wordt naar het kader verwezen. De regering werkt de aandachtspunten van het kader evenmin uitvoerig uit. Kristić concludeert dan ook dat het Toetsingskader in casu geen inhoudelijke betekenis heeft gehad. Bij de besluitvorming omtrent *Enduring Freedom* was art. 100 Gw van kracht. De regering stelde echter, zoals gezegd, dat dit artikel niet van toepassing is, nu het zelfverdediging betreft. Het zou, aldus de Minister van Defensie, gaan om een operatie die ‘tussen’ art. 97 en art. 100 Gw valt. Opvallend is dat de regering toch zo veel mogelijk ‘in de geest’ van art. 100 Gw handelt en de Kamer informeert. De Kamer debatteert uitgebreid over de toepasselijkheid van art. 100 Gw en (wederom) over de vraag of daarin niet toch een materieel instemmingsrecht kan worden gelezen. Bij de besluitvorming aangaande *ISAF* verwijst de regering voor het eerst naar art. 100 Gw. Het betreft dan ook het soort operatie, zo constateert Kristić, waarvoor art. 100 Gw is geschreven. Een moeilijkheid is dat het voor de Tweede Kamer niet geheel helder is of er een ondubbelzinnig besluit ligt tot uitzending van militairen. De regering bevestigt nogmaals dat het artikel slechts een inlichtingenplicht

behelst. Kristić beschrijft de verschillende casus nauwkeurig. Het is interessant om te zien hoe regering en parlement volharden in hun standpunten over de betekenis van art. 100 Gw en hoe deze discussie telkens opnieuw terugkeert. In haar analyse van de besluitvorming (hoofdstuk 7) grijpt Kristić terug op de ‘betekenisvolle’ betrokkenheid van het parlement: de voorwaarden daarvoor zijn 1) formele bevoegdheden en procedurevoorschriften, 2) informatievoorziening en -uitwisseling en 3) het feitelijke handelen van het parlement. Ten aanzien van het eerste (en meest juridische) punt constateert zij dat er verwarring bestaat over de toepasbaarheid van art. 100 Gw en dat de verhouding tussen art. 97 en art. 100 Gw in het parlementaire debat onhelder is gebleken (p. 164-168). Dat laatste weersprekt Kristić (terecht): art. 97 Gw somt mogelijke doelen op waarvoor de krijgsmacht kan worden ingezet; art. 100 Gw betreft een inlichtingenplicht voor de inzet van de krijgsmacht voor één van die doelen. Ook gaat zij wederom in op de uitleg die de Kamer geeft aan art. 100 Gw, namelijk een materieel instemmingsrecht en daarbij constateert zij opnieuw dat daarvan geen sprake kan zijn. Wel belooft de regering de Kamer vaker te informeren dan waartoe zij, strikt genomen, op grond van art. 100 Gw verplicht is (p. 170-175). Verder – Kristić constateerde het al eerder – heeft het Toetsingskader een grotere rol gekregen dan eerder was voorzien. Tijdens de debatten wordt meermaals benadrukt dat het kader leidend is geweest bij de politieke besluitvorming en dat het regeringsbesluit daarmee in overeenstemming zou moeten zijn (p. 177). Het Toetsingskader leent zich nochtans voor selectief gebruik. Ten aanzien van de informatievoorziening concludeert Kristić dat die tijdens de voorfase gebrekkig en vaak achterhaald is (p. 181-182), dat onduidelijkheid bestaat over het moment waarop informeren noodzakelijk wordt geacht en dat in de art. 100-brief een evenwichtige afweging van de argumenten ontbreekt. We verlaten hier het strikt juridische kader en komen veeleer in de politieke besluitvorming. Mijns inziens is

de vraag naar het moment waarop de notificatiebrief wordt gezonden een politieke en hoeft de art. 100-brief strikt genomen niet meer te bevatten dan het besluit tot inzet van de krijgsmacht. De argumentatie daarvan is wederom een politiek vraagstuk. Daarentegen signaleert Kristić terecht dat de Kamer meer gebruik kan maken van de haar toekomende bevoegdheden dan zij nu doet. Zij kan bijvoorbeeld hoorzittingen houden of werkbezoeken afleggen (art. 27 RvO II). Daarmee belandt Kristić bij het feitelijke handelen van de Tweede Kamer. Die is, zo concludeert zij, reactief, passief en afwachtend. Ik zou daar tegenin willen brengen dat dit in het licht van het karakter van art. 100 Gw niet geheel onlogisch is. Het betreft immers een inlichtingenrecht. De Kamer is strikt genomen pas aan zet als er een besluit is genomen. Zij debatteert wel over art. 100-brieven (p. 191), maar Kristić constateert dat de bijdrages in deze debatten vooral ‘standpuntverklarende monologen richting de regering’ zijn (p. 193). Ook dit gedeelte van het onderzoek heeft een sterk politicologisch karakter. Ten slotte gaat zij in op de internationale context van de besluitvorming (p. 196-202). In deze paragraaf – wederom weinig juridisch, maar veeleer de leer der internationale betrekkingen betreffende – blijkt dat de besluitvorming binnen VN- en NAVO-verband grote invloed heeft op de nationale besluitvorming. De conclusie (hoofdstuk 8) bevat veel herhaling ten opzichte van hoofdstuk 7. Kristić concludeert dat aan de eerste twee voorwaarden voor betrokkenheid van het parlement op minimale wijze wordt voldaan en dat ‘de besluitvorming over inzet van de krijgsmacht in alle opzichten een uitermate politiek besluit is waardoor de politieke verhouding tussen de regering en het parlement, de laatste van de drie voorwaarden, van doorslaggevende invloed is op de betrokkenheid van het parlement’ (p. 203). Ten aanzien van de derde voorwaarde (het feitelijke handelen van het parlement) zijn de conclusies nieuw: in de eerste plaats is de politieke wenselijkheid om deel te nemen aan internationale operaties leidend. Politieke wenselijkheid wint het in de praktijk van praktische of

operationele bezwaren (p. 211). In de tweede plaats vormt deze wenselijkheid de basis van de internationale onderhandelingen. Daarbij worden verwachtingen gewekt of toezeggingen gedaan waarbij een point of no return wordt bereikt en het politiek ondenkbaar is dat Nederland van een deelname afziet (p. 211-213). In de derde plaats stelt de regering het verstrekken van informatie over de inhoudelijke aspecten van de inzet zo lang mogelijk uit. Dat gebeurt niet alleen omdat deze aspecten vaak nog onvoldoende concreet zijn, maar ook om tijd te winnen en aan bezwaren van de Kamer tegemoet te komen (p. 213-214). In de vierde plaats ligt de nadruk van de parlementaire betrokkenheid op informele informatie-uitwisseling en overleg achter gesloten deuren, ver vóór het afsluitende debat. (Overigens blijkt dat niet expliciet uit de onderzochte casus.) In de vijfde plaats – en dan verlaten wij de politicologie en komen we terug op staatsrechtelijk terrein – heeft een tijdens een debat uitgesproken negatief oordeel van een Kamermeerderheid geen rechtsgevolgen voor het besluit (p. 215-217). Ook een motie van wantrouwen (die volgens Kristić zeer ongebruikelijk is geworden, maar was zij eerder dan wel gebruikelijk?) kan niet verhinderen dat het besluit tot uitzending wordt uitgevoerd. Kristić wil de betrokkenheid van het parlement bij de inzet van de krijgsmacht in internationale operaties versterken. De meest voor de hand liggende oplossing is om de inlichtingplicht van art. 100 Gw te vervangen door een instemmingsrecht. Zij kiest opvallend genoeg niet voor grondwetswijziging. Dat zou berusten ‘op een niet altijd even realistisch geloof in de helende werking van het juridisch kader en van overtrokken verwachtingen ten aanzien van de mogelijkheden van de Nederlandse Grondwet om het politieke handelen van de staatsorganen te sturen’ (p. 220). Kristić verwijst naar haar conclusie dat de ‘parlementaire betrokkenheid voornamelijk afhankelijk is van het politieke spel en de houding die de organen in de politieke dynamiek van het besluitvormingsproces tegenover elkaar willen, durven en feitelijk aannemen’. Mogelijk, zo stelt Kristić, werkt een grondwets-

wijziging wel averechts: het huidige constitutionele kader biedt veel flexibiliteit en het is nog maar de vraag of dat ook geldt in geval van een instemmingsrecht. De regering zou dan een strikte toepassing van de Grondwet kunnen afdwingen ‘waarmee de rol van de Kamer wordt gereduceerd tot een eenmalige stemming over het besluit’ (p. 223). Het is de vraag of Kristić gelijk heeft. Eerder constateerde zij al dat de politieke besluitvorming plaatsvindt in informeel overleg en achter gesloten deuren. Juist in geval van een instemmingsrecht zal de regering op zoek moeten naar draagvlak en dan zal zij het niet willen laten aankomen op een eenmalige stemming. Bovendien leidt grondwetsherziening wel tot andere constitutionele verhoudingen tussen regering en parlement: de regering heeft met een formeel instemmingsrecht het parlement nodig voor de inzet van de krijgsmacht voor de in art. 100 Gw genoemde doelen. Dat betekent dat de positie van de Staten-Generaal toch wezenlijk wordt versterkt, vergeleken met de inlichtingenplicht zoals die nu bestaat. Wat stelt Kristić dan wel voor? Zij bepleit een ‘uitgebreide en duidelijke beschrijving van de procedure die de Kamer en de regering bij de besluitvorming (dienen te) volgen in het Toetsingskader of in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer’ (p. 224). Procedurele afspraken zouden duidelijkheid kunnen scheppen en verwarring kunnen verminderen, bijvoorbeeld ten aanzien van de betekenis en de toepasbaarheid van art. 100 Gw, het moment van informatievoorziening, de inhoud van de art. 100-brief, het verloop van het debat daarover, etc. Deze oplossing roept vragen op. Leidt dit (in tegenstelling tot grondwetsherziening) dan wel tot een versterking van de parlementaire betrokkenheid? Is met dit voorstel de flexibiliteit van de procedure gewaarborgd? Wekt het Toetsingskader aldus niet nog meer verwachtingen bij de Kamer dan nu al het geval is? Bovendien kan het Reglement van Orde van de Tweede Kamer de regering juridisch op generlei wijze binden. Hoe kan de Kamer dan in het reglement bepalingen opnemen over het moment van informatie-

voorziening, de inhoud van de art. 100-brief, etc.? Zulke bepalingen richten zich toch tot de regering. De regering zou weliswaar het Toetsingskader kunnen aanpassen, maar dat is en blijft een juridisch niet-bindend document, waar de Tweede

Kamer bovendien geen invloed op heeft. Al met al heeft Kristić een interessant proefschrift geschreven over een maatschappelijk en politiek relevant thema. De staatsrechtelijke conclusies die zij daarin trekt, zijn waardevol. Tegelijkertijd zijn veel gedeelten

van het boek weinig juridisch en stelt de aanbeveling teleur.

*J.L.W. Broeksteeg<sup>1</sup>*  
*Nijmegen, februari 2013*

1. Mr. J.L.W. Broeksteeg is universitair hoofddocent Staatsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

## R.G. Louw, Het Nederlands hoger onderwijsrecht: een thematisch commentaar op de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek

*Diss. Leiden, promotor prof.  
mr. P.F. van der Heijden,  
Leiden: Leiden University  
Press 2011, 800 p., ISBN  
978 90 8728 132 8.*

### 1. Onderwijsrecht: een specialistisch en functioneel rechtsgebied

Het proefschrift van Ruud Louw staat in een selectieve reeks van proefschriften op het rechtsterrein van het onderwijsrecht. Van het onderwijsrecht wordt wel gezegd dat het een functioneel rechtsgebied is: het omvat staatsrechtelijke, bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke, arbeidsrechtelijke, maar ook internationaalrechtelijke aspecten.<sup>1</sup> Wie het onderwijsrecht bestudeert is niet klaar met het bestuderen van een bepaalde sectorwet of artikel 23 van de Grondwet (de vrijheid van onderwijs), maar zal vaak ook nog moeten kijken naar verdragsbepalingen over de vrijheid van onderwijs zoals vastgelegd in het EVRM en het IVESCR, diverse lagere regelingen (uitvoeringsbesluiten), de Awb, het BW etc. Zoals Louw zelf ook al aangeeft: is het onderwijsrecht al een specialisme, het onderwijsrecht in het hoger onderwijs is een superspecialisme. Er zijn in het (verre) verleden wel proefschriften geschreven op dit terrein, zoals over studierechten<sup>2</sup> en de vrijheid van wetenschap<sup>3</sup>, maar een alomvattende beschouwing over de positie van hoger onderwijs en hoger onderwijsinstellingen ontbrak tot nu toe aan het onderwijsrechtelijk firmament. De 570 pagi-

na's tellende beschouwing en 180 pagina's tellende proeve van een nieuwe Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek van Louw wil in deze lacune voorzien.

Het hoger onderwijs is op zichzelf al een uitgestrekt terrein, en valt zelf ook weer uiteen in subonderdelen: het wo, het hbo en het wetenschappelijk onderzoek. De universiteiten, hogescholen, maar organisaties zoals NVAO, NWO, en KNAW hebben een afzonderlijke positie in de WHW, de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek. Naast het bekostigd onderwijs is er ook een rol voor het niet-bekostigd onderwijs, in wettelijke termen rechtspersonen voor hoger onderwijs. Louw heeft getracht het onderwijsrecht in het hoger onderwijs te beschrijven met behulp van een centrale stelling, gericht op de autonomie van de instellingen. Op die centrale vraag en een dwarsdoorsnede van zijn betoog zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

### 2. Vraagstelling, opbouw en stellingname in het proefschrift

De centrale wet die Louw behandelt, de WHW, stamt uit begin jaren 90 van de vorige eeuw, en kende sinds de inwerkingtreding vele wijzigin-

gen. Sinds het verschijnen van het proefschrift in juni 2011 zijn er dus ook weer de nodige wetswijzigingen geweest en wetsvoorstellen aanhangig gemaakt.<sup>4</sup> Deze 'dynamische' ontwikkeling in het onderwijsrecht geeft meteen aan hoe moeilijk het is om een proefschrift te schrijven dat enigszins toekomstbestendig is. Louw heeft daarom enkele centrale uitgangspunten in de sturing van het hoger onderwijs onder de loep genomen, en deze kritisch beoordeeld.

Het hoofdthema in het proefschrift van Louw betreft de mate van autonomie van instellingen in het hoger onderwijs, en de wijze waarop die autonomie in een nieuwe wet op het hoger onderwijs verankerd zou moeten worden. Paragraaf 1.2 stelt dat de centrale onderzoeksvraag is of de 'thans in de WHW neergelegde verdeling van bevoegdheden van overheid en instellingen voor hoger onderwijs binnen de constitutionele uitgangspunten van het Nederlandse bestel nog adequaat is en of de zelfstandigheid van de instellingen ten opzichte van de overheid worden vergroot, uiteraard zonder afbreuk te doen aan de verantwoordelijkheid van de overheid zoals deze naar thans heersende opvattingen kan worden gezien'.<sup>5</sup>